

## ***O DIREITO DO CONTRIBUINTE DE OFERECER PRECATÓRIOS EM GARANTIA DA EXECUÇÃO FISCAL E A SUA EQUIPARAÇÃO A DINHEIRO, NA VISÃO DO STJ***

---

**JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**

*Ministro do Superior Tribunal de Justiça*

O tema é "o direito do contribuinte de oferecer precatórios em garantia da execução fiscal e a sua equiparação a dinheiro, na visão do STJ" (se é que o STJ tem alguma visão ultimamente), e eu gostaria de conversar abertamente sobre esta questão.

Primeiro, é preciso saber o que é precatório. Se eu tivesse que definir, com a maior honestidade do mundo, o que é precatório, eu diria: é um ofício antiético do Estado-juiz para o Estado fazendário, emitindo uma ordem para não ser cumprida, ou, se cumprida, somente em longo prazo, se se tratar de Estado ou de Município. Essa é a melhor definição, se quisermos visualizar a realidade. Eu começo com essa crítica para levar a platéia a uma reflexão. Por que precatório? Num Estado idôneo não há precatório; na França, se condenado o Estado, este deve pagar. Por que precatório? Ele só está a espelhar a inidoneidade do Estado. E eu digo que é do Estado, e não é mais do governo, porque governos se sucedem sem honrar precatórios. E como o governo não paga, mas quer receber, e quer receber com todos os consectários da mora, quando o contribuinte não satisfaz a prestação da obrigação tributária, surge o conflito: pode-se compensar? Pode se penhorar direitos que emergem de uma execução contra a Fazenda pública? Porque, na realidade, não se penhora precatório; tecnicamente, o que se penhora são os direitos que emergem de um processo de condenação contra a Fazenda pública já transitado em julgado, porque só assim que se pode expedir precatório, nos termos do art. 6º da Constituição Federal. É isso que nós discutimos.

E a primeira questão que se coloca é: precatório – ou seja os direitos que emergem dessa execução movida contra o Estado – é

suscetível de ser penhorado em execução fiscal? Mormente quando se quer obedecer esse direito de ação em garantia numa execução fiscal promovida pelo próprio ente federativo, que emitiu o precatório, e que, impunemente, e com a conivência do Poder Judiciário brasileiro, não o honra. Eu tenho dito no Superior Tribunal de Justiça que nós temos que sair da passividade em que nos encontramos: o Estado-juiz não pode permitir que a ordem jurídica seja violada constantemente pelo Estado-fiscal. O Estado-fiscal tem que arrecadar, tem que pagar. Não me convence e nem nunca me convenceu o argumento de que a intervenção nos Estados e nos Municípios não deve ser feita ante a falta de capacidade de honrar seus compromissos.

Este cheque em branco dado pela jurisprudência do STF, longe de contribuir para a eficácia do Direito Constitucional brasileiro, está a implementar uma tolerância com o Estado inadimplente, um Estado que não paga, principalmente se for unidade federativa (nós sabemos, p. ex., que São Paulo há muito não honra seus precatórios). Desse modo, os governantes acabam por se sentir confortáveis em não cumprir as ordens do judiciário. O arranhão maior da ordem política se dá com o aval de que tem a missão constitucional de zelar pela inteireza da ordem jurídica – o próprio Poder Judiciário. Tenho dito no STJ que é hora de refletirmos, que é hora de sairmos de um pragmatismo econômico unilateral e visualizarmos a situação, hoje, de um Estado que tem uma carga tributária elevada, de mais de 34% do PIB; um Estado em suas unidades, Estados-membros e Municípios, embora se queixem da ausência de recursos ou da concentração de recursos no ente federado superior, cada vez mais aumentam suas cargas tributárias – criticamos assiduamente os tributos federais e estamos desatentos à elevação dos tributos municipais e estaduais. Preocupa-me sobremaneira o grau de elevação da carga tributária nos Municípios, a guerra duradoura entre o Município e o Estado que tem penalizado cada vez mais o contribuinte.

Mas por que a necessidade de mudarmos o pensamento, ou melhor, de mudarmos a conduta, o comportamento, sobretudo o Judiciário? É que, em última análise, a perdurar o estado com que estamos nos deparando, de inadimplência absoluta dos entes federados e municípios, o que se tem violado é a própria cidadania. Daí a necessidade de interpretarmos o sistema jurídico-tributário, no que tange a própria cobrança dos tributos, dentro dos princípios que plasmam a ordem jurídica, sobretudo aquele muito festejado no campo do direito privado, muito animado no Código Civil, do qual já dizia um dos seus precursores na Alemanha do pós-guerra, Karl Larenz, que é um princípio que se aplica a todas as relações jurídicas, seja da ordem privada, seja da ordem pública. Estou a falar do princípio da boa-fé objetiva, como norma de conduta que deve pautar os agentes de uma relação jurídica, quer pública, quer privada.

A boa-fé objetiva, pois, estende os seus tentáculos inclusive até à própria relação processual e à relação obrigacional tributária. Ou seja, onde houver vínculo jurídico, se espera um comportamento do cidadão que atenda às expectativas que recaem sobre um homem de comportamento digno, ainda que essa outra figura a integrar a relação jurídica seja o Estado. É preciso recobrar com urgência uma conduta ética, um comportamento em consonância com a norma constitucional e com as normas infraconstitucionais do Estado brasileiro – o Estado na sua totalidade, como União, como Estado federado e como Município. Todo esse conflito, todo o esse tumulto nas relações obrigacionais entre contribuinte, de um lado, e Estado, do outro, tem causado um mal irreparável ao país. E eu começo alertando para a primeira consequência desse estado de inadimplência oficial: o congestionamento do poder judiciário.

Há pouco tempo, num encontro empresarial em Brasília, com entes do governo federal, onde todos criticavam a morosidade do judiciário – e eu faço minhas essas críticas, pois o sistema nos leva isso

mesmo -, eu perguntava, diante do olhar de cada um dos empresários e de cada um dos Ministros do governo ali presentes: qual a causa? Saibam os senhores que mais de 60% dos processos alçados ao Superior Tribunal de Justiça têm como uma das partes um ente público, e desses processos, em grande parte, o ente público sendo demandado para restituir tributos arrecadados ilegítimamente, tributos arrecadados em razão de normas editadas cuja inconstitucionalidade foras sancionada pelo Supremo Tribunal Federal. E como deveria se pautar um Estado ético, um Estado voltado para a cidadania, um Estado que respeita o seu contribuinte? Pela devolução automática, por meros procedimentos administrativos perante a Receita Federal. E quem consegue a restituição do seu tributo, daquele seu imposto compulsório do combustível dos anos de 1984 a 1986, pela via voluntária da Receita Federal? Ninguém. Quem consegue ter de volta, pela via administrativa, as suas verbas relativas ao PIS/COFINS declarado inconstitucional? Ninguém.

Isso é respeito à cidadania? Não, isso é uma confusão que precisa ser extirpada do comportamento do Poder público brasileiro, dos agentes do poder público, qual seja, a confusão entre o interesse da Fazenda pública e o interesse público. O interesse da Fazenda pública pode ser o de arrecadar, pode ser o de fiscalizar, pode ser o de melhorar o caixa do governo, mas ele não se sobrepõe ao interesse público. E qual é o interesse público que há de prevalecer, que, pelo princípio da legalidade, vincula todos os agentes públicos? É a prevalência da ordem jurídica; é a prevalência dos mandamentos constitucionais; é a prevalência das regras e do sistema adotado no Código Tributário Nacional, que há de ser visto e interpretado no justo equilíbrio entre contribuinte e Estado-ar-recadador ou Estado-fiscal.

É preciso, então, mais do que uma simples reflexão dos agentes que integram essa relação; é preciso uma mudança, não apenas cultural, mas sobretudo comportamental. É hora de cerrarmos as fileiras; de fazermos prevalecer no Judiciário brasileiro aquilo que se encontra

desenhado e oferecido ao cidadão: direitos fundamentais. Direitos consagrados de uma Constituição maturada em anos de ditadura e só revelada num período ainda pequeno de democracia – que a história nos mostra que verdadeira democracia nós só fomos ter após a revolução de 64; até então, desde a proclamação da república, tivemos espasmos de democracia, no governo Dutra, no governo de Juscelino Kubitschek. Tivemos de permeio, antes, a ditadura econômica do café-com-leite, sucedendo a ditadura gaúcha de Getúlio Vargas, restabelecendo a ordem com Dutra, e maturando-a com Juscelino Kubitschek, o maior estadista brasileiro.

Nós tivemos um Código Tributário elaborado ainda na época da ditadura, mas é preciso ser justo e reconhecer o talento de quem influenciou esse Código: Aliomar Baleeiro. Aliás, o Código mereceu um amplo debate no Congresso Nacional, e, com todos os defeitos que lhe possam ser atribuídos, ele ainda sobrevive. Neste país, tem-se o hábito de sacrificar grandes diplomas legislativos, como se sacrificou o Código Civil de 1916, que ainda não havia completado 100 anos, enquanto a França se gabou de comemorar, 2 anos atrás, 200 anos do seu Código Civil.

Mas vamos entrar agora diretamente um tema colocado aqui: é possível se oferecer em penhora o precatório? Ou melhor, tecnicamente: é possível submeter a constrição judicial direitos discutidos em ação judicial transitada em julgado, pendente de pagamento – em última análise, direitos contra a Fazenda pública -, em uma execução (porque precatórios só surgem na execução)? O que se faz, na realidade, quando se penhora um precatório, outra coisa não é que não penhorar um direito de crédito contra o Estado já transitado em julgado pendente de pagamento. Evidentemente que a resposta é sim, desde que o processo de execução, na sua evolução histórica, descolou da responsabilidade pessoal para limitar a responsabilidade executiva no patrimônio do devedor (e eu tenho dúvidas se isso foi uma verdadeira evolução, deixar a responsabilidade de incidir sobre a pessoa do devedor).

É possível sim evidentemente. Tudo que é quantificar, sob o aspecto patrimonial, traduz-se bem; tudo o que traduz valor e que se pode converter em dinheiro; que esteja no comércio e, conseqüentemente, não seja impenhorável, é passível de ser constringido judicialmente para a garantia de uma execução. O choque, que diz a Fazenda pública por habitual, é de que o art. 16, § 3º, da Lei de Execução Fiscal diz que não se pode alegar, em embargos opostos à execução promovida pela Fazenda pública. Essa é a regra. Mas é assim que se interpreta lei, literalmente? E se o devedor não tem outros bens, e se o seu patrimônio consistir exatamente nisso? Pode ocorrer. Se o seu patrimônio consistir exatamente num crédito contra a Fazenda pública, vai recusar a Fazenda pública esse crédito? Evidentemente que não.

É verdade, e ninguém nega, que a compensação só pode se dar nos termos do art. 170 do CTN, da forma expressamente prevista na lei. Mas examinemos a lei de execução fiscal; verifiquemos que no art. 11, no inciso VIII, permite-se a penhora de direitos de ações. A penhora de precatório outra coisa não é senão uma penhora de direitos de ações. Não há como se negar. Portanto, pode ser oferecida. Mas a que título esse direito de ação é recebido: equipara-se a dinheiro ou é um direito de crédito? Quero aqui esclarecer, e não poderia deixar de dar notícia, que por muito tempo a jurisprudência brasileira, ainda nos primórdios do Superior Tribunal de Justiça, negava a possibilidade da penhora de direitos. E aí cumpre destacar a presença, no STJ, de um dos maiores membros que aquela casa já teve, e que depois foi alçado ao Supremo Tribunal Federal, brilhante magistrado, o Ministro Carlos Mário Velloso, que, quando Ministro do STJ, entendeu da possibilidade da penhora de precatórios ou de créditos contra execução da Fazenda pública. Isso se deu no MS nº 47 de 1990, pouco antes de ele se transferir para o STF.

A partir daí a jurisprudência foi evoluindo, sedimentando e cristalizando o sentido da admissibilidade. O que se discute hoje na corte é qual o efeito. Equipara-se a dinheiro, como alguns arestos chegam a

dizer? Parece-me que é preciso adentrar um pouquinho mais no pensamento de alguns colegas, Ministros da casa, para não chegarmos à equivocada conclusão de que a penhora do precatório, por si só, tem um efeito liberatório. Isso não ocorre, e entendeu a Corte não ser possível por uma razão muito elementar: por impedimento constitucional, qual seja, isso feriria a ordem cronológica de pagamento dos precatórios. Eu sou credor do fisco, não pago; sou executado, ofereço o crédito que tenho com o fisco, com poder liberatório, e passo na frente de milhares de credores, que estavam aguardando o seu pagamento.

Alguns podem dizer: mas e a compensação? A compensação só se dá em razão de outros tributos ou de outros créditos tributários. O precatório pode se originar de crédito decorrente desapropriação, de atos ilícitos, enquanto a compensação no âmbito tributário só se dá entre tributos e na forma estabelecida ou autorizada pela lei.

Mas indagam-me certamente os senhores, a essa altura: mas há acórdãos de Superior Tribunal de Justiça dizendo que ela se equipara a dinheiro. Prestem bem atenção. De fato, arestos dizem isso textualmente, mas para efeito de se transpor a ordem de penhora estabelecida no art. 11, que coloca a penhora de direitos e ações como a última, exatamente a oitava. Então, equipara-se ao dinheiro para dizer-se que ela pode ser penhorada como se dinheiro fosse, colocando-a em primeiro lugar – e os restos do STJ são categóricos ao sustentar que tem a força de dinheiro *para esse efeito*, e não para efeito liberatório, o que é uma impropriedade terminológica, temos que reconhecer. Assim, para esse efeito de poder ser penhorado na frente de qualquer um bem, há a possibilidade, porque quem, na verdade, feriu a ética, quem não agiu com boa-fé, quem deu causa à existência daquele precatório foi o próprio ente federativo, que se tivesse honrado pontualmente sua obrigação, cumprido como deveria ter cumprido a decisão judicial, o contribuinte já teria dinheiro para adimplir sua obrigação.

Mas é que também não podemos descuidar de uma outra consequência processual. Penhorados os direitos e ações, penhora que se faz no rosto dos autos, que se averba no rosto dos autos tia execução contra a Fazenda pública, para que lá fique caracterizado que lhe não pode ser dado ao credor o dinheiro, que ele tem que ser remitido à execução que o penhorou – por isso a penhora se faz no rosto dos autos, se averbando a existência de um gravame, de uma constrição judicial sobre aquele direito em fase de satisfação, o art. 633 afirma pontualmente que, penhorados esses direitos pela Fazenda pública, ocorre a sub-rogação. Vale dizer, o direito do agora executado, então credor da Fazenda, se transfere ao exeqüente, e o exeqüente é a própria Fazenda, normalmente o próprio ente que está executando. O que ocorre, compensação? Não, o que vai ocorrer é a confusão: na mesma pessoa que se vai situar a qualidade de credor e devedor.

Mas terá força liberatória? Ainda não, enquanto não se cumprir o precatório. Mas esse fato propicia um tratamento desigual, na medida em que a execução fiscal tem encargos normalmente maiores do que aqueles que são devidos pela Fazenda ao contribuinte. Aí, parece que cabe ao juiz preencher essa lacuna, paralisar esses encargos contra o contribuinte. Evidentemente, não querendo a Fazenda pública, ou não querendo qualquer credor que se opere essa sub-rogação, seu papel será, então, o de manifestar na execução contra o contribuinte, que não deseja sub-rogação, mas sim sua alienação judicial. Poderá ser promovida, então, a venda judicial dos direitos do contribuinte contra a Fazenda pública, e com o produto dessa venda, paga a execução fiscal. Isso é que ocorre segundo a nossa legislação. Ainda não tivemos oportunidade de chegar a essa fase – ainda nenhuma decisão desta natureza chegou à apreciação do STJ. Mas não tenho dúvida de que este é o caminho apontado pela legislação, e que deverá ser mirado pelos juízes e pelo próprio STJ.



Tem chegado ao STJ um número grande de recursos discutindo a possibilidade de penhora contra a Fazenda pública. Eu acredito – até porque acredito mesmo na força criadora da jurisprudência, não no sentido de substituir o legislador, de atentar contra a separação de poderes, mas no sentido de fazer com que a vontade legal se sobreponha à vontade do legislador, no sentido de preencher as lacunas deixadas pelo legislador no sistema – que nós vamos ter que construir, com inteligência e atentos aos princípios que informam o sistema, o procedimento de como efetuar este acerto, ou melhor, o procedimento da penhora de precatório no que tange a sua alienação e também a extinção do débito. Isso requer de nossa parte muita atenção, no sentido de que o país vive um momento em que o Estado se avulta como arrecadador, diminui-se como prestador de serviços e, conseqüentemente, avança ineficazmente sobre o contribuinte, na medida em que arrecada muito e pouco presta. Isso não é crítica ao governo, isso é algo que ocorre no Brasil há mais de 30 anos.

Eu digo que a última esperança tem que ser do Judiciário, e tem que ser a esperança que a ordem jurídica prevaleça. E para que a ordem jurídica prevaleça, eu quero terminar as minhas palavras repudiando, censurando, lamentando que a mais alta corte do país tenha perdido uma semana para julgar 40 cidadãos que querem se situar acima do bem e do mal, acima de qualquer outro cidadão, e que deveriam estar sendo julgados, sim – não sei se cometeram ou se não cometeram qualquer ilícito -, mas, enquanto acusados, deveriam estar se defendendo no juízo de 1º grau, onde todo cidadão: onde o Ministro João Otávio, como cidadão, deve estar, onde o Presidente da República, como cidadão, deve estar (exceto nos crimes de responsabilidade), onde os Ministros do Supremo devem estar, onde qualquer político deve estar: submetido ao juiz natural, o juiz de 1º grau. Nós precisamos acabar com essa cultura lusitana, essa herança negativa que herdamos de privilégios.

Eu creio na justiça, com meu creio nos homens; os homens erram, mas os homens também acertam. Mas, mais do que a capacidade

de errar, Deus nos deu a vontade, a capacidade de raciocínio, e os homens que têm essa capacidade não podem desperdiçá-la. Pelo contrário; invoco Alexandre Herculano, o maior escritor da língua portuguesa, que dizia não se envergonhar de mudar de opinião, por não ter vergonha de aprender e raciocinar. É por isso que eu, como homem, como juiz, como agente público, tenho a esperança de que todos nós tenhamos coragem para pressionar pelo fim dessas excrescências, repondo a ordem jurídica dentro daquele princípio que pauta a Constituição: o da igualdade de todos perante a lei.

Muito obrigado.